

جامعة القرويين
كلية الشريعة والقانون
أيت ملول - أكادير

مقرر مادة:

الولادة وتائجها والأهلية والنيابة الشرعية

تأليف: الأستاذ د. حسن قصاب

الفصل الثالث

السنة الجامعية: 2011 - 2012

بسم الله الرحمن الرحيم

النسب هو الرباط الواصل و اللحمية الدائمة التي لا تنفصم بين أفراد أسرة ما، إما بسبب من زوجية أو بصلة من عموم القرابة سواء كانت قرابة مباشرة وهي التي تكون بين الأصول والفروع ، أو قرابة غير مباشرة وهي القائمة من غير العلاقة عمودية (من الأصل إلى الفرع) كقرابة الشخص بأخيه أو أخته أو عمه أو عمته أو ما تفرع عنهم. وبذلك فإن النسب هو بذرة الهوية على التحقيق الذي عليه تتأسس باقي صلات الفرد بالآخرين المكونين لذلك الوشاج المتين.

ولما كان النسب بتلك الأهمية فإن ذلك الرباط مما امتن الله تعالى به على عباده لقوله عز وجل (وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا)¹. ولعل عظم خطر النسب هذا هو ما استشفه علماءنا بأصول الشريعة حتى جعلوا رعايته من مقاصد الشريعة الخمسة التي تحمى من جانب عدم كما تحمى من جانب الوجود ؛ لذلك حرمت نظام التبني وأبطلته، وأول ما أبطلت من ذلك تبني النبي صلى الله عليه وسلم قبل النبوة لزيد بن حارثة - رضي الله عنه - ، فقد كان يدعى زيد بن محمد إلى أن نزل قوله تعالى (مَا جَعَلَ ادْعِيَائُكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ . ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ)² .

و كما منع التبني فقد منع أيضا انتساب الولد لغير أبيه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم (من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم فالحجنة عليه حرام)³، كما منع النساء من ذلك أيضا تحصينا لهذه اللحمية من كل مداخل الخلل لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم (أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخله الله

¹ سورة الفرقان، آية 54

² سورة الأحزاب، آية: 4-5

³ أخرجه البخاري و مسلم و ابو داود عن سعد بن ابي وقاص و ابي بكر

جنته، وأيما رجل جدد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله تعالى منه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين يوم القيامة)⁴.

و إذا كان النسب بهذا التحصين المشار إليه في الشريعة فإن ذلك قد تجلّى بوضوح في الكتاب الثالث من مدونة الاسرة المغربية – قانون رقم 70. 03-

و أول ذلك التجلي الذي يغفله كثير من المختصين عدا من دونهم من عموم المطلعين هو أن مسائل النسب مسيجة بسياج الشرع الحكيم ، فمنه المبتدأ وإليه المقزّع.

ولهذا فإن كان القسم المخصص للنسب من كتاب الولادة ونتائجها من المدونة قد افتتح بمواد متحدثة عن البنوة (مادة 142 ما يليها) ليختتم بمواد مفصلة في وسائل إثبات النسب (المادة 162 وما قبلها) فإن المادة 150 التي جاء فيها أن " النسب لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف " هي عمود الرّحى الذي حوله تدور مباحث النسب وعلى أساسه تفهم . و معنى ذلك بالعبرة الأوضح أن إلحاح المشرع على الصفة الشرعية يُنحّي كثيرا من القضايا التي يستشكلها الكثيرون في المدونة بكثير من التسرع ، كما يعني أن الرّائز في مسائل النسب سعة الشريعة وتخفيفها، لا مقتضى المنطق الديكارتي أو مستحدثات التطورات المعاصرة، فهذه وذاك يستأنس بهما و لا يعول عليهما إلا بما سمحت به الشريعة .

وإذا تم تمثّل هذه المقدمة الخطيرة بوضوح أمكننا أن نعرض باختصار مجمل القضايا الواردة في الكتاب الثالث، على النحو التالي:

- البنوة وأحكامها .

- النسب و مسائل إثباته.

- الحضانة.

- النفقة

⁴ أخرجه ابوداود و النسائي من حديث أبي هريرة

أولا البنوة : أحكامها وإثباتها

الأصل أن الحديث عن البنوة حديث عن النسب وأنهما وجهان لعملة واحدة، مادام الأساس الحقيقي للنسب هو الصلة الرابطة بين الأب وولده نزولا أو بين الابن وأبيه صعودا، لأن تحقق قرابة النسب ينشأ من الانحدار من أصل مشترك. وبسبب هذه البداهة لم يكن الفقهاء يميزون البنوة من النسب ولا يعرضون لهما منفصلين، بل إن المدونة الملغاة نفسها لم تُقم هذا الفصل، بحيث قننتهما معا تحت مسمى واحد وهو النسب⁵. ومن هنا فإن السؤال يصير وجيها عن مقاصد المشرع في مدونة الأسرة بتخصيص البنوة بباب مستقل ضمن كتاب الولادة ونتائجها ؟

لن نستعجل الإجابة قبل تجميع ودراسة مقتضيات المواد المنظمة للباب؛ وهي من المادة 142 إلى المادة 149.

عبرت المدونة عن البنوة في المادة 142 على أنها نتيجة تنسل الولد من أبويه معا، وهي بذلك تجعل البنوة أعم من النسب الذي هو قاصر في الأصل على صلة بين الولد و أبيه في زوجية صحيحة، بحيث لا يتحقق النسب إلى الأم أو إلى الأب في غير الزواج الصحيح إلا استثناء.

و مما يركي تلك التوسعة أن عبرت المادة عن ذلك التحقق بعبارة " التنسل " غير المعهودة. وهي العبارة التي فسحت المجال لتترتب البنوة عن الإنجاب الطبيعي الذي هو ثمرة اتصال رجل بامرأة- مشروعا كان ذلك الاتصال أم لا، كما فسحته ليترب عن الإنجاب المصطنع بالطرق المستحدثة⁶ طبيا كالتلقيح الاصطناعي الذي قد يكون هو أيضا شرعيا وغير شرعي بحسب تحقق الشروط .

بهذا فإن البنوة المقصودة في المدونة هي واقعة الولادة نفسها، ومجمل القول فإن مراد المشرع من هذا التخصيص هو توسيع طرق إثبات البنوة متى ضاقت طرق

⁵ الفصول من : 83 - 91

⁶ وربما قد يترتب عن الاستنساخ استقبالا مادامت عبارة المدونة لا تمنع من ذلك.

إثبات النسب المحكومة بنصوص الشريعة ومقاصدها على وجه الحصر، لكن دون مصادمة تلك المقاصد وهو ما جعل البنوة بمقتضى المادة 142 نفسها تكون شرعية وغير شرعية. وهكذا فإن النسب - الذي لا يكون إلا شرعياً ومن غير جهة الأب إلا استثناء - أضيق من البنوة. ولعل هذا ما يدعونا إلى بيان كيف تكون البنوة شرعية وغير شرعية

أ- البنوة شرعية وغير شرعية:

البنوة الشرعية هي التي يعتبرها الشرع الحنيف و يرتب آثارها اتجاه الأب، وبمفهوم المخالفة فإن البنوة غير الشرعية هي التي في حكم المعدم من جهة الشرع ولا يرتب عليها أثراً اتجاه الوالد، وإن تحققت الولادة واقعة مادية ماثلة. لكن نبهت المدونة بمقتضى المادة 143 أن البنوة تعتبر شرعية للأب والأم استصحاباً أي أنها مفترضة ابتداء إلى أن يمنع مانع من ذلك الاعتبار. فهل تكون البنوة الشرعية- بحسب هذا المقتضى - هي النسب الثابت وتكون البنوة غير الشرعية هي النسب المنفي؟

لا نفتأ ننبه إلى أن البنوة - بحسب ما اختارت المدونة- تنسلّ من الأبوين معا ، وهو التنبيه الذي يمنعنا أن نتسرع لنقول إن حالات البنوة الشرعية هي حالات النسب مترادفاً. بل إن حالات البنوة الشرعية نفسها أوسع أيضاً من حالات النسب الشرعي، لأن حالات البنوة الشرعية للأم أوسع من تلك التي أسندها إليها النسب استثناء، سواء في ذلك جهة الثبوت أو جهة الآثار كما سيأتي.

لهذه فإننا سنجاري المدونة وندرس حالات البنوة الشرعية وغير الشرعية من جهة الأبوين معا، من جهة الثبوت وجهة الآثار.

ب- آثار البنوة بالنسبة للأب:

7- البنوة الشرعية بالنسبة للأب و آثارها:

نصت المادة 144 على أن ما يجعل البنوة شرعية هو قيام سبب من أسباب النسب، وهي تلك التي حددتها المادة 152 لاحقاً في: الفراش و الإقرار و الشبهة . ثم أضافت المادة 145 إمكان إثبات البنوة بحكم قضائي وهو ما يفهم منه أن ذلك ممكن في حال التنازع بجميع وسائل الإثبات التي يمكن أن يطمئن إليها القاضي.

و المقصود بالفراش⁸ غالباً الزوجية الصحيحة و استثناءً الزوجية الفاسدة أو الباطلة في حال ثبوت حسن النية

و الإقرار فهو الإرادة المنفردة للأب التي بموجبها يعترف بنسب ولد إليه، ولا يستلزم ذلك أن يعين المرأة أم الولد ، فإن فعل فقد مكنها المشرع من الإقرار أو الاعتراض كما سيأتي في مباحث النسب .

أما الشبهة فهو ما لم يستيقن أحلال هو أم حرام ، و المقصود به اختصاراً اتصال بين رجل وامرأة خارج إطار الزوجية دون أن يعتبر ذلك منهم زناً تأسيساً على انتفاء سوء النية أو العلم بحرمة الاتصال⁹.

فمتى توافر سبب من هذه الأسباب كانت البنوة شرعية بالنسبة للأب وترتبت كامل آثار النسب ، بمعنى أن في حالة الأب هذه يتطابق النسب والبنوة.

- البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب و آثارها:

وهي البنوة التي يحلو للبعض تسميتها البنوة الطبيعية تلطيفاً، و على التحقيق هي حالة التنسل الناتجة عن الزنا المحض أو في العقد الباطل بعلم الزوج وسوء نيته، وكذا في حالة الاغتصاب التي هي مثار نقاش حديث بين كثير من القانونيين، خصوصاً بعدما أقرت بها المدونة النبوة شرعية للأب دون الأب، معتبرين ذلك ظلماً كما سنشير إليه في موضعه. وأما أثر هذه البنوة من جهة الأب فهو مؤسس على ما تقدم ، ذلك أن النبوة الشرعية وحدها التي ترتب آثاراً بالنسبة للأب؛ فكلما انتفت إحدى حالات ترتب النسب الشرعي الصحيح كانت البنوة غير شرعية اقتضاء.

⁸ سيأتي تفصيله في مباحث النسب

⁹ كمن واقع امرأة في الظلام ظاناً أنها زوجته أو كالم متصل بأخته من الرضاع دون علمها بتلك الأخوة...

لكن لا يعني ذلك أن البنوة غير الشرعية خُلُو من كل أثر شرعي عند الفقهاء ؛ فقد ثبت اختلافهم في مسألة ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا؛ إذ قال الحنفية والحنابلة وابن القاسم رواية عن مالك في المدونة - وهو الرأي المنسوب إلى عمر و ابن عباس رضي الله عنهما و كذا إلى جمهور التابعين - بأن من زنا بامرأة حرمت عليه أصولها وفروعها وحرمت على الزانية هي الأخرى أصول الزاني بها و فروعها. بينما قال الشافعية ومالك في الموطأ بأنه لا تثبت به حرمة المصاهرة¹⁰.

ت- البنوة بالنسبة للأم و آثارها : أشارت المادة 147 إلى ما تثبت به البنوة بالنسبة للأم وجعلتها ثلاثاً: واقعة الولادة نفسها و الإقرار بشروطه ثم الحكم القضائي، وهي وسائل تظهر سعة الإثبات بالنسبة للأم، دون تمييز بين كونها شرعية وغير شرعية، خاصة ما تعلق منها بالوسيلة الأولى التي هي واقعة الولادة، فهي واقعة مادية لا يشترط فيها أي شرط سوى التحقق بأي وسيلة تمت.

- البنوة الشرعية بالنسبة للأم و آثارها : ورد في الفقرة الأخيرة من المادة 147 حصرُ حالات البنوة الشرعية بالنسبة للأم وهي : في حالات الزوجية الذي هو الفراش فالشبهة، ثم الاغتصاب

الفراش: وقد أشرنا أن هذه الوسيلة تثبت بها البنوة للأبوين ويتساوى فيها حقهما في نسبة الولد إليهما معاً، بخلاف النسب الذي هو حق للأب حصراً. وهكذا فإن الأم التي تستند إلى الفراش في إثبات البنوة يلزمها تعيين الأب سواء كان ذلك بمقتضى عقد الزوجية أو بمقتضى ما تثبت به تلك الزوجية إن كانت غير موثقة .

و الشبهة :وهي الالتباس الذي لا يُتحقق به هل الفعل الحاصل حلال أم حرام. وسنرى المسألة في ثبوت النسب بالشبهة وكذا ما ورد في المادة 156 ، غير أن ذلك لا يمنع من أن نشير إلى أن ثبوت البنوة الشرعية للأم استثناء بالشبهة لا يعني لزوم لحوق النسب بالأب كما في حالة الفراش؛ لأن الشبهة إنما تدرأ الحد ولا تلحق النسب بغير

¹⁰ انظر تفصيل المسألة في بدائع الصنائع للكاساني : 260/2 ، و المغني لابن قدامة : 577/6 ومغني المحتاج للشربيني: 419-175/3 ، الشرح الكبير للدرير على مختصر خليل بحاشية الدسوقي : 453/8 .

الأم، بحيث إذا ثبت اتصال الشبهة بامرأة متزوجة أمكن الزوج الشرعي أن ينفي النسب بكل الوسائل .

و الاغتصاب : هو جريمة بمقتضى جميع الشرائع و القوانين ، وقد عاقب عليه المشرع المغربي وجعله جناية ¹¹ . وبخصوص موضوعنا فإن البنية تثبت شرعية بالنسبة للأم وحدها، وعبر المشرع بكونها شرعية اعتبارا لأن الاتصال كان بغير رضا المرأة، لكن ذلك لا يمنع من الاستغراب كيف يسمح المشرع المغربي في المادة 156 بثبوت نسب للأبوين لاتصال تم في الخطبة برضا المرأة و لا يسمح بذلك في اتصال أكرهت عليه؟

وعموما فإن عبارة شرعية للأم تسمح بترتيب المسؤولية المدنية على الأب غير الشرعي وإن كان معفى من ترتيب أي أثر شرعي، وبهذا الصدد نص قرار المجلس الأعلى رقم 381 في الملف 2005/1/2/29 بتاريخ 2005/7/20 - بعد أن سكت عن شرعية الحمل - بلزوم التزام الطاعن بنفقة الحمل البين من المطلوبة - البنية غير الشرعية بالنسبة للأم و آثارها:

بحسب ما تقدم فإن البنية غير الشرعية بالنسبة للأم هي كل بنوة لا يمكن نسبتها إلى الأب ولا تمنع من إقامة الحد شرعا ومن المتابعة بالفساد قانونا، لذلك فكلما انتفت الزوجية الصحيحة أو الاتصال لشبهة أو واقعة الاغتصاب إلا اعتبرت البنية غير شرعية بالنسبة للأبوين معا، سواء وقع الإقرار بذلك طواعية من الأم، أم صدر بذلك حكم قضائي ينفي النسب عن الأب .

أما ما يخص آثار البنية غير الشرعية فالمسألة تحصيل حاصل ، ذلك أن البنية بنوعيتها (الشرعية و غير الشرعية) ترتب الآثار نفسها بالنسبة للأم، وهو ما أشارت المدونة في المادة 146 " تستوي البنية للأم في الآثار التي تترتب عليها سواء جاءت نتيجة عن علاقة شرعية أو غير شرعية"، بمعنى أن ثبوت واقعة الولادة كاف

¹¹ بمقتضى الفصل 486 من القانون الجنائي " الاغتصاب واقعة رجل امرأة بغير رضاها ويعاقب عليه بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات"

لترتيب جميع الآثار للأُم (لحوق النسب، التوارث..) بغض النظر عن أسباب تلك الولادة وحكمها.

وبتمام هذه المباحث نستطيع أن نطمئن في الإجابة عن السؤال من مراد المشرع بتخصيص باب مستقل لمباحث البنوة، بأن مقصده أساسا الحرصُ على الصفة الدينية للنسب، لكن مع معالجة حالتَي الشبهة والاعتصاب بجعلهما شرعيتين بالنسبة للأُم دون أن يُلزم الأب بشيء من ذلك، وكذلك بفتح الباب بعبارَة التنسل لأنواع الإنجاب المستحدث سواء بالتلقيح الاصطناعي أو بغيره مع مراعاة الشروط الفقهية طبعاً.

وقبل التطرق لمباحث النسب تجدر الإشارة إلى أن المدونة قد نبهت من عدم خلط التوسعة في البنوة بما ليس منها، ولهذا أشارت في المادة 149 إلى أن التبني يعتبر باطلاً لأن فيه إلحاقَ ولدٍ معلوم النسب على الغالب ، ومن ثمة فإنه لا ينتج أي أثر من آثار البنوة الشرعية، لهذه أجابت المدونة بما يوافق الشريعة في هذا الباب بأن التبني نظام محرم شرعاً وقانوناً

أما تبني الجزاء أو التنزيل منزلة الولد فقد كيفته المدونة بحيث لا تجري عليه إلا أحكام الوصية، لأن المنزل وإن احترز من الحرام وهو الكذب بالتبني فإنه يجعله كالابن في آثار النسب لذلك لم يجز له غير الثلث . وهذه إشارة مهمة إلى القضايا التي قد تلتبس بالبنوة ، لأن مدعي البنوة في بعض الحالات لا يكون دائماً أباً أو أما.

ثانيا النسب : أسباب لحوقه ووسائل إثباته

النسب لغة هو القرابة ، وقيل هو في الآباء خاصة ، وانتسب و استنسب ذكر نسبه¹² ، ويقوم تعريفه في الاصطلاح على تعريفه اللغوي الذي هو صلة الشخص بغيره على أساس القرابة القائمة على صلة الدم¹³ ومن ذلك قول الله تعالى (هو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا و صهرا و كان ربك قديرا)¹⁴

ولقد كان حديثنا السابق في البنوة عن واقعة تترتب عليها أحكام إن في الشريعة أو في القانون، بينما الأمر مختلف في النسب إذ الأساس فيه إثباته ، فإن كان الميلاد واقعة فإن النسب إثبات ، و إذا كان المولود وجودا فإن النسب انتماء. ولقد نظمت المدونة الأحكام المتعلقة بالنسب المواد من 150 إلى 162 .

قاعدتان حاكمتان:

يقر المشرع المغربي في مدونة الأسرة قاعدتين هامتين أفصحت عنهما المادتان 150 و 151، وهما :

أ- السمة الشرعية لأحكام النسب

ب – يُتساهل في إثبات النسب بخلاف نفيه الذي لا يكون إلا بما يقرب من اليقين. و أهمية هاذين التقريرين بالغة في كثير من المسائل اللاحقة ، وهو ما نرى أن كثيرا من المتعجلين في الحكم على المدونة يذهلون عنه. و توضيح ذلك أن القاعدتين مترابطتان ؛ فالثانية مؤسسة على الأولى . بمعنى أن المشرع قصد أن يجعل مباحث النسب محكومة بمقاصد الشريعة الاسلامية و حدودها، فإليها الفرع عند التنازع .

فإذا كان النسب لحمة شرعية لا قانونية، فإن أحكام الشريعة تنص على أن النسب يكفي في إثباته مجرد الظن بخلاف نفيه وهو ما يعبر عنه بتشوف الشرع إلى إثبات

¹² لسان العرب: 177 / 15

القاموس المحيط ، ص: 211

¹³ مغني المحتاج للشريني: مج6 ، ج 2 : 259

¹⁴ سورة الفرقان ، آية 54

النسب، و هو ما يترتب عليه أن التحقق من النسب بالاستعانة بمستجدات و تطورات العصر ليس منكرا لكنه ليس لازما على الدوام ، أي أن التحقق ليس مطلوبا بقدر ما يطلب امتثال الشريعة في مقاصدها وهو الامتثال الذي يتحقق بامتثال ما قرره من وسائل لذلك ، فتكون بذلك الوسائل المستحدثة تابعة لهذه الأحكام لا متبوعة .

ولما كان الحاكم في مسائل النسب هو سمتها الشرعية ، وكان المهم في النسب هو إثباته الذي هو كنهه، فإن مباحثه وفق القاعدتين الحاكميتين تنقسمان إلى قسمين:

* الأسباب الشرعية التي يلحق بها النسب.

* وسائل إثبات النسب.

و أهمية التمييز عدم الخلط، لأن بعض وسائل النسب تكون مستقلة لا تحتاج إلى إثبات فيقع ذكرها في القسمين معا، خصوصا الفراش و الإقرار، ولهذا يلزم أن نميز بين أسباب لحوق النسب وبين ما يثبت به. فلينتبه إلى هذا¹⁵.

1 - أسباب لحوق النسب

ذكرت المادة 152 من مدونة الأسرة أسباب لحوق النسب ثم فصلتها بقية المواد (من 153 إلى 157)، هذه الأسباب – بحسب المادة 152 - هي: الفراش و الشبهة و الإقرار.

- سبب الفراش:

الفراش لغة ما يبسط عادة للنوم أو الجلوس، وقد يستعمل كناية عن الزوجة ، ويقصد به اصطلاحا الزوجية القائمة بين رجل و امرأة ، والسبب في ثبوت النسب بالفراش دون حاجة إلى إقرار أو بينة أو أي وسيلة أخرى من وسائل الإثبات هو استقلاله بنفسه سببا ووسيلة إثبات ، ذلك أن الزوجية الصحيحة في الشريعة الإسلامية ميثاق غليظ يحل بها الاتصال و الاستمتاع بين الزوجين ويختص بسببها بعضهما بالآخر، فمتى جاءت الزوج بولد في قيام تلك الزوجية نسب إلى تلك الزوجية القائمة

¹⁵ انظر مقتضيات المادة 152 مقارنة بالمادة 158

بيقين دون بحث أو تقصّ؛ لأن الأصل في العلاقة بين الرجل والمرأة هي الحرمة حتى يوجد الحل شرعا بعقد الزواج ، فإذا وجد ذلك العقد و وقع موافقا لإرادة الشرع كانت الزوج فراشا لزوجها و الولد لصاحب العقد الصحيح، بقرينة حمل الزوجين على الصلاح إلى أن يثبت العكس.

و السند الشرعي لهذه القاعدة الكبرى في أحكام النسب من كتاب الله تعالى هو قوله عز وجل (هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ)¹⁶ ، غير أن الدليل اللصيق بالقاعدة هو من سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم الثابتة لما أخرجه البخاري و مسلم في صحيحيهما عن ابن شهاب الزهري عن عروة بن الزبير أن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها قالت : "اِخْتَصَمَ سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ ، وَعَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ فِي غُلَامٍ ، فَقَالَ سَعْدُ : هَذَا يَا رَسُولَ اللَّهِ ، ابْنُ أَخِي عُنْبَةَ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ ، عَهْدَ إِلَيَّ أَنَّهُ ابْنُهُ انْظُرْ إِلَى شَبَهِهِ ، وَقَالَ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ : هَذَا أَخِي يَا رَسُولَ اللَّهِ ، وَلَدَ عَلَى فِرَاشِ أَبِي مِنْ وَلِيدَتِهِ ، فَنَظَرَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى شَبَهِهِ ، فَرَأَى شَبَهَا بَيِّنًا بَعُثْبَةً ، فَقَالَ : هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ ، وَاحْتَجَبِي مِنْهُ يَا سَوْدَةُ بِنْتُ زَمْعَةَ ، فَلَمْ تَرَهُ سَوْدَةُ ، قَطُّ".¹⁷ ففي هذه القاعدة العظيمة التي جاء بها الحديث النبوي الشريف صون لنسب الولد وحماية لشرف أمه وعرضها من العبث به ، فما تلده المرأة من ولد على فراش الزوجية ينسب إلى أبيه دون حاجة إلى اعتراف به، لأن ولادته على فراش الزوجية قرينة كافية لكونه من الزوج وأنه خلق من مائه. ثم لا ننسى مقتضى القاعدة الثانية وهي أن الظن كاف في إثبات النسب . وعلى هذا الأساس حصل الإجماع من فقهاء المسلمين أن الفراش سبب مستقل للحقوق النسب كما هو قرينة قوية لإثباته . و هو ما ترجمته مدونة الأسرة بأن قننت القاعدة في المواد 152-153-154.

لكن لكي يكون الفراش سببا للحقوق النسب لابد من توافر شروط لم تقنن منها المدونة إلا ما تعلق بأمد الحمل بين أدناه وأقصاه، غير أنها مع ذلك أوجبت اعتبار تلك

¹⁶ البقرة، آية 187

¹⁷ البخاري في كتاب البيوع، مسلم في كتاب الرضاع، ابو داود في كتاب الطلاق ، النسائي في كتاب الطلاق، الموطأ في الأقضية

الشروط مجتمعة بمقتضى عبارة المادة 153 "يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب".

وهذه الشروط باستقراءها في كتب الفقه ترجع إلى ثلاث: انعقاد الزوجية بعقد صحيح ، و تحقق مدة الحمل المفروضة شرعا، و إمكان ولادة الزوجة من زوجها

- انعقاد الزوجية بعقد صحيح: وهو الذي استجمع الأركان التي بدونها يبطل وسائل الشروط التي بتخلفها يفسد بحسب الأحوال. فمتى كان العقد صحيحا رتب في الحال كافة آثاره الشرعية و التي من أهمها – طبعاً- ثبوت النسب. فهو إذن السبب الشرعي لثبوت نسب الولد أثناء قيام الزوجية أو بعد الفرقة بين الزوجين من طلاق أو وفاة.

لكن إذا كان شرط الزوجية الصحيحة هو الأصل في الاعتداد بقاعدة الفراش، فهل لنا أن نستبعداها في عقدي الزواج الباطل والفساد، خصوصا إذا اعتبرنا مقاصد الزوجين في العقد؟

إن ما يجعل هذا الاستفسار مهماً هو أن بطلان عقد الزواج أو فساده غالبا ما يكون طارنا على أصل القصد إلى التعاقد باجتماع حسن النية و الجهل بتحقيق بعض الموانع أو انتفاء بعض الشروط. ولهذا ففي هذه المسألة اختلفت أحكام الزواج عن أحكام النسب وفق ما يلي:

- الاعتداد بالفراش في الزواج الباطل.

- الاعتداد بالفراش في الزواج الفاسد.

لحوق النسب بوسيلة الفراش في الزواج الباطل:

يكون الزواج باطلا طبقا للمادة 57 من مدونة الأسرة في ثلاث حالات:

- إذا اختلفت الأركان المنصوصة في المادة 10

- إذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول (الركنيتين)

- إذا وجد بين الزوجين مانع تحریم مؤبد أو مؤقت(من م 35 إلى م 39)

و لحوق النسب في هذا الزواج نظمته المادة 58 لما نصت على ترتيبه فيه بعد البناء "... كما يترتب عليه عند حسن النية لحوق النسب ". مما يعني أن الزوج في زواج باطل يلحق به الحمل مطلقا شريطة أن يكون حسن النية أي لا يعلم سبب التحريم. وبحكم أن الأصل افتراض حسن النية وأن الشريعة و القانون لا يتيحان الطعن في النسب إلا من الزوج فإن ادعاءه في دعوى نفي النسب أن كان سيئ النية يثير استفهاما عن جدوى تلك الدعوى، إذ هناك من يدعو إلى معاقبته بنقيض قصده لاستهتاره بأحكام الشرع ، بمعنى أن ما اشترط من حسن النية مسألة صعب التحقق منها.

لحوق النسب بوسيلة الفراش في الزواج الفاسد :

يكون الزواج فاسدا من جهتين : لفاسد صداقه (م 60) أو لفاسد عقده (م 61) لا يمثل الزواج الفاسد لصداقه أي عقبة أمام إثبات النسب مادام يفسخ العقد قبل الدخول و يصح بعده بصداق المثل. أما في حالة الزواج الفاسد لعقده فأن الأمر يحتاج توفقا مادام العقد يفسخ في هذا الزواج قبل البناء وبعده .

إن المشرع المغربي لم يخص الفاسد لعقده بأحكام خاصة لكن نصت المادة 64 من المدونة بصيغة العموم الشاملة أن " الزواج الذي يفسخ تطبيقا للمادتين 60 و 61 ، لا ينتج أي أثر قبل البناء وتترتب عنه بعد البناء آثار العقد الصحيح إلى أن يصدر الحكم بفسخه". وهو ما يفهم منه أن النسب يلحق بوسيلة بالفراش في الزواج الفاسد عموما وأننا في الزواج الفاسد لعقده لا نحتاج إلى البحث في نية العاقد كما فعلنا في الزواج الباطل لعموم المادة 64 . و وعلى كل حال، فهذه الخلاصة المستنتجة من المدونة موافقة لما هو مقرر أصلا في المذهب المالكي.

- أمد الحمل:

يقصد به الأمد المعتبر شرعا بين أقصر و أطول مدة يمكن الجنين أن يبقاها في بطن أمه، وهي مدة مهمة في لحوق النسب لأن الزوجية الصحيحة وحدها لا تكفي،

فكان لزاماً أن تراعي الشريعة السمة حقوق من قد ينازع في النسب من الزوجين نفياً وإثباتاً، لكن كل ذلك في ظل القاعدتين: النسب لحمة شرعية، وكفاية الظن في إثبات النسب.

لهذه فهذا الأمد تُسأل فيه الشريعة ابتداءً ثم من سمحت لنا بسؤاله، وعلى هذا الأساس نشير بعجالة إلى المسألتين المرتبطتين بالأمد: أقل مدة الحمل، وأقصاه.

- أقل مدة الحمل: اتفق فقهاء المسلمين جميعاً على أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر، استنتاجاً من الآيتين الكريمتين قوله تعالى (وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا)¹⁸ وقوله عز وجل (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ)¹⁹ أو قوله تعالى (وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنْ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ)²⁰. فمن هاتين الآيتين الكريمتين يثبت أن مدة الحمل و الرضاع ثلاثون شهراً فإذا أسقطنا منها مدة الرضاع عامين أي أربعة و عشرين شهراً بقيت مدة ستة أشهر، و هي أقل مدة الحمل. و هي أيضاً المدة التي جاءت الأبحاث الطبية الحديثة تؤيدها و تؤكد أن المولود الذي تضعه أمه بعد حمل ستة أشهر قابل للحياة شأنه شأن أي مولود آخر يولد بعد حمل ستة أشهر.

ولقد أخذت المدونة بالقاعدة في المادة 154 " يثبت نسب الولد بفراش الزوجية :

1 إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد "

- أقصى مدة للحمل: هذه اختلف فيها الفقهاء ؛ رأى الحنفية و حنابلة أن أقصى مدة للحمل سنتان و سندهم في ذلك حديث روي عن عائشة رضي الله عنها "ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل"²¹ ، بينما ذهب الشافعية و أغلب المالكية وبعض الحنابلة إلى أنها أربع سنين لما روي عن مالك بن انس انه كان يقول: "هذه جارتنا امرأة محمد ابن عجلان امرأة صدق و زوجها رجل

¹⁸ سورة الأحقاف، الآية 15

¹⁹ سورة البقرة ، الآية 233

²⁰ سورة لقمان، الآية: 14

²¹ سنن الدارقطني: 3/ 322

صدق حملت 3 أبطن في اثنتي عشر سنة ، كل بطن في أربعة سنين". بينما ذهب محمد بن الحكم من المالكية إلى أن أقصى مدة الحمل سنة قمرية ، وقال الظاهرية أقصى مدة الحمل تسعة أشهر ، ولا يزيد على ذلك .

لكن كلها أقوال متباينة و متباعدة لم يرد فيها نص لا في القران الكريم و لا في السنة النبوية ، لذلك قال ابن رشد الحفيد : هذه المسألة الرجوع فيها إلى العادة والتجربة ، وقول بن الحكم والظاهرية هو الأقرب إلى المعتاد .

ويبدو أن بنصيحة ابن رشد أخذت المدونتان معا سواء مدونة الأحوال الشخصية الملغاة أو مدونة الأسرة، فمالتا إلى رأي ابن الحكم لتقرر في المادة 154 أن أقصى مدة الحمل هي سنة، دون أن توضح هل يعتبر في ذلك التقويم الهجري أم الميلادي علما أن أن احترام رأي ابن الحكم يلزم منه التقيد بالعام الهجري وهو ما نرى العمل القضائي يحيد عنه .

متى يعتمد أقل مدة الحمل وأقصاه؟

تعتمد أقل مدة الحمل ابتداء من تاريخ إبرام عقد الزواج بينما تحسب أقصى مدة الحمل من تاريخ انحلال ميثاق الزوجية، أي من تاريخ الفسخ أو حصول الطلاق أو وفاة الزوج أو الحكم بوفاته. فذلك ما يستنتج من المادة 154 التي استعملت عبارة من تاريخ العقد لأقل مدة الحمل وعبارة تاريخ الفراق لأقصى مدة الحمل، وعلى ذلك فإن من لم يحدد التاريخين بدقة (العقد أو الانحلال) لا يستفيد قانونا من هذه المقتضيات الشرعية المرتبطة بالزواج الصحيح، بخلاف ما إذا تعلق الأمر بحمل في عقد باطل أو وطء بشبهة²² فإن العبرة تكون لتاريخ البناء لا تاريخ العقد، لأن العقد في الزواج الباطل أو الفاسد لعقده في حكم المعدوم فما صح لذلك الاعتداد به.

وتلزم الإشارة أن استفادة الزوجة المطلقة من أقصى المدة لإثبات النسب لا يؤثر فيه أن تنفي الحمل بمحضر القاضي أو في وثيقة العدلين، لأنها قد تكون حاملا ولا تعلم، فلا يستعمل ذلك ضدها. فتبقى الزوجية و الفراش بشروطه كافيان للحقوق النسب .

²² التي يأتي بيانها لاحقا

لكن بقي التأكد من مسألة، بها تكتمل شروط وسيلة الفراش، وهي: شرط إمكان حمل الزوجة من زوجها.

شرط إمكان حمل الزوجة من زوجها:

ليس تطبيق قاعدة الفراش تطبيقاً خارجاً عما يقتضيه العقل السليم فرغم تنصيص الشريعة على السمة الشرعية مسائل النسب إلا أن هذا الشرط يدل على أن ذلك لا يكون بعنت وآلية. الشرط أن قاعدة الفراش يلزمها لتكون وسيلة كافية للحقوق النسب دون حاجة إلى وسائل إضافية أن تقع داخل أمد الحمل – كما رأينا- ثم أن يتحقق حصول الحمل باتصال المرأة ببعْلِها، وعلى هذا فإن المعتبر في هذه الوسيلة إمكان الإنجاب وإن كان الحديث في كتب الفقه عن إمكان الاتصال، وهو تعبير انبنى عليه الخلاف بين الحنفية والجمهور في المراد به. ثم إنها العبارة المختارة في المادة 154 بقولها "وَأَمَّا اتِّصَالٌ".

و لا يثبت النسب عند المالكية و الشافعية ولم يكن قد حصل بين الزوجين تلاق ظاهر ؛ كما لو عقد رجل بالمشرق على امرأة بالمغرب ، و خالفهم في ذلك مذهب الحنيفة الذي يرى أن العقد الصحيح فراش و لا حاجة لإمكان الاتصال، و وجوده يكفي لأن الاتصال لا يُطلع عليه بخلاف العقد ، و الواقع أن إثبات النسب من تاريخ العقد عند الحنفية و إن لم يتحقق الدخول أو الوطء، إنما يقصد به حماية الولد من الضياع و ستر العرض و منع مشكلة اللقطاء، فالولد يلحق بمن له زوجية صحيحة ، فعندهم - مثلاً- لو أن رجلاً تزوج بامرأة و لم يلتق بها مدة سنة، فولدت بعد 6 أشهر من تاريخ الزواج ثبت النسب لاحتتمال تلاقئها، لأن الإمكان المطلوب عندهم هو الإمكان العقلي فقط.

وعلى كل حال فالخلاف الآنف يؤول إلى وفاق، وهو أن الحنفية والجمهور يعبرون بالاتصال و يقصدون إمكان الإنجاب وهو ما لا ينبغي أن نعدّيه إلى المدونة التي قصدت السكوت عن إمكان الإنجاب توسيعاً لثبوت النسب إلا أن يتمسك بذلك مدعي النفي.

2- سبب الشبهة: الشبهة ما لم يعلم على وجه القطع أحلال هو أم حرام .

و المقصود به في مجالنا النسبُ اللاحق من الاتصال غير المشروع في أصله، أي الذي يقع بسبب غلط يقع فيه الشخص، بحيث يكون اتصالاً غير مبني على زوجية صحيحة أو فاسدة لكن لا يعتبر زنا مع ذلك. بمعنى أن جهل المتصل بحقيقة الحرمة في هذا الاتصال لا تقتضي إقامة الحد اعتماداً قاعدة درء الحدود بالشبهات.

ومن الأمثلة لهذا الاتصال حالة من يتصل بامرأة في الظلام معتقداً أنها زوجته ثم تبين له عكس ذلك، أو من يعقد زواجه على امرأة ثم يتبين له بعد دخوله بها أنها تحرم عليه حرمة مؤبدة أو مؤقتة، ومنه أيضاً تلك الحالة المترددة كثيراً في البوادي والأرياف المغربية من التدليس على الزوج الذي لم يكن قد رأى المرأة التي عقد عليها فتزف إليه أخرى حرصاً من الأولياء على زواج الكبيرة قبل الصغيرة...

وقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الاتصال الجنسي المبني على الشبهة يمحو وصف الزنا والدليل على ذلك إثباتهم النسب في حال نكاح الشبهة، لقول النبي صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش وللعاهر الحجر" ، وهو ما يستدعي عدم جواز الحكم على إنسان تولد من ماء إنسان أنه ابن زنا متى أمكن حمله على أنه ابن شبهة. ولهذا فقد اعتبرت مدونة الأسرة في المادة 152 أن الشبهة سببٌ من أسباب لحوق النسب. و يستتبع ذلك أن النسب إذا ثبت في الاتصال من شبهة ترتبت عليه جميع نتائج الشرعية والقانونية، فيمنع الزواج بالقرابة و تلزم به النفقة و يُستحق به الإرث.

وإذا كان الاتصال بشبهة وسيلة استثنائية قلما تقع إلا أن المدونة اشترطت لا اعتبارها ما اشترط في الفراش من وقوع ذلك الاتصال داخل أمد الحمل الشرعي (بين 6 أشهر و سنة) لكن ليس من تاريخ العقد كما في الزوجية الصحيحة بل من تاريخ الاتصال، و هو ما يفهم من الفقرة الأولى من المادة 155 " إذا نتج عن الاتصال بشبهة حمل وولدت المرأة ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها ثبت نسب الولد من المتصل.."

وبهذا يتضح أن هذه الوسيلة تحتاج إلى إثبات لأن الشبهة واقعة مادية، فهي بذلك من مسائل الواقع التي تخضع للسلطة التقديرية للمحكمة وقناعتها، وبالتالي فإن إثباتها - كما سنرى في محله - عنصر مهم في تحققها بخلاف وسيلة الفراش في الزوجية الصحيحة التي تعتبر وسيلة وإثباتا في آن واحد بسبب عقد الزواج.

- وجه الشبهة في مقتضيات المادة 156 :

يستشكل كثير من الخاصة - عدا العامة - صلة مقتضيات المادة 156 بوسيلة الاتصال بشبهة، خصوصا وأن المدونة قد جعلت المادة مفسرة تابعة للمادة 155 المخصصة للحقوق النسب بالشبهة ، ثم إن المادة 156 نفسها عبرت بعبارة " ..ينسب للخاطب للشبهة "، لذلك لزم بعد التوضيح بدء بأصل المسألة.

- أصل المسألة:

قبل الفحص العاجل لمقتضيات المادة نود التنبيه أولا إلى أن ما جاءت به المادة 156 ليس نقاشا جديدا، بل هو قديم يعود إلى بداية ثمانينات القرن الميلادي الماضي²³؛ إذ سبق أن أفتى محمد الجواد الصقلي الحسيني - رحمه الله - رئيس المجلس العلمي بفاس سابقا - بفتوى مفادها أنه إذا تم الإيجاب والقبول بين الخاطبين وثبتت الخلوة بينهما، وفشا ذلك بين الأقارب والجيران ولم ينكر الخاطب النسب فإنه يلحق به، وعُلت الفتوى بأن رضائية العقد قد تمت وإنما بقي شقها الشكلي الذي هو التوثيق الكتابي، وهو ما أغنت عنه الشهرة المطلوبة شرعا، ثم إن الفتوى إنما اعتبرت ما يعرفه المجتمع من تأخير التوثيق أحيانا إلى حين إعداد بيت الزوجية . " فتأخير الإشهاد بعقد الزواج لا يمنع من إلحاق الحمل بالزوج حسب العقد الرضائي القائم بينه وبين أم الولد"²⁴. وقد تبنى مشروع مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1981 هذه النظرية لكن المشرع تردد في الأخذ بها، لذلك لم تظهر في تعديلات 1993.

²³ دون أن ننسى بعض الإشارات في مدونة ابن القاسم المالكية، لكن آثرنا لعدم وضوحها أن لا نقولها ما نقله صراحة رغم إصرار البعض على ذلك.

²⁴ دعم الأستاذ الغازي الحسيني هذه الفتوى في مقال له منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 130، ص: 45 ، انظر أيضا تفصيل القضية في بحث ذ غميجة " موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية"، ص: 537 وما بعدها

وقد كان لهذه الفتوى عموماً أنصار ومعارضون من الفقهاء والقانونيين، إلى أن أخذت بها مدونة الأسرة أخيراً بالشروط التي وردت في الفتوى.

- فترة الخطبة في مدونة الأسرة:

إن ما يساعد في الفهم المتأنى لمعاد المادة 156 هو تحديد فترة الخطوبة على وجه الدقة في اصطلاح المدونة، وهو ما تجيبنا عنه المادة 6 التي تنص أنه " يعتبر الطرفان في فترة خطوبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج ". وهو ما يعني أن ما قبل الإشهاد على الزواج يعتبر فترة خطوبة في اصطلاح المدونة ولو حصل طرفا العقد على الإذن بالزواج من القاضي المكلف به، وتحقق منهما الإيجاب والقبول وعلم لدى الناس واشتهر . وهذا ما يفسر استعمال المدونة لعبارة الخطيبين في الفقرة الأخيرة من المادة 65 لما نصت " .. رابعا : يضمن العدلان في عقد الزواج تصريح الخطيبين هل سبق لهما ... " .

- شروط م 156 للحقوق النسب في الخطبة للشبهة :

بعد توضيح معنى الخطبة في اصطلاح المدونة آن لنا أن نستكمل الصورة في المادة 156 بما ورد فيها من شروط مقيّدة للحقوق النسب بالحمل للشبهة، وهي إجمالا:

- أن يكون الحمل واقعا في فترة الخطبة تحديدا، لا قبلها ولا بعد انتهائها بالعدول من أحدهما .

- تحقق الإيجاب والقبول بين الخطيبين بخصوص إبرام العقد ، وهو ما يزكي عنصر الشبهة مادامت المدونة قد قصرت أركان عقد الزواج في حصول الإيجاب والقبول وتطابقهما (م 10- م 11).

- أن تمنع ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج ، وهو مدخل الشبهة المانعة من نفي النسب في هذه الحالة.

- تحقق اشتهار الخطبة بين أسرتي الخطيبين و أن يوافق عليها ولي المخطوبة القاصر.

- إقرار الخطيبين معا أن الحمل منهما، فإذا أنكر الخاطب أمكن للمخطوبة أن تثبت آنذاك خلاف ما يدعيه بكل الوسائل المقررة شرعا بما فيها الخبرة الطبية.

فهذه هي الشروط التي تعاین المحكمة توافرها، حتى إذا أيقنت من تحققها أصدرت حكمها بإثبات النسب للشبهة مراعية في ذلك وقوع ذلك الحمل داخل أمد الحمل الشرعي استثناء من الزوجية الصحيحة .

- حقيقة الإشكال في المادة 156 :

إذا عرفنا أصل المسألة ووقفنا على حدود فترة الخطبة في اصطلاح المدونة و تأملنا الشروط التي سيّجت بها تطبيق هذا الاستثناء، فإننا لا محالة سنخلص إلى أن الأمر لا يخرج عن عقد زواج قد استكمل كل أركانه، ولم يتخلف فيه إلا شرط التوثيق الذي هو شرط شكلي التزمته المدونة تفعيلاً لمقتضيات المادة 16 التي جعل وثيقة الزواج الوثيقة المقبولة لإثبات العقد على أمل أن تكون الوحيدة استقبالا.

لكن ذلك لا يمنع من أن نوافق من يعترض على مقتضيات المادة 156، ليس من جهة ما اعتمدت عليه من رأي ولا مما تضمنته من شروط ، وإنما من جهة ما آل إليه العمل القضائي من تساهل كبير في تقدير هذا الاستثناء؛ ذلك أن سوء التنزيل مرتبط بسوء تقدير شرط " الظروف القاهرة "الذي هو الأساس في التحقق صفة الشبهة الموجبة للحقوق النسب والممانعة من إقامة الحد؛ فمادام شرطا موضوعيا يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع (الابتدائي و الاستئنافي) ولا رقابة لمحكمة النقض عليه، فإن ذلك قد شجع كثيرا من القضاة على التساهل في اعتباره اعتقادا أن تشوف الشرع إلى إثبات النسب يسمح بهلهة الشروط الواجبة لذلك.

وجملة القول أن المادة 156 في ذاتها اجتهاد مقبول في إطار تدافع الشكلية و الرضائية التي وقعت فيها المدونة، و بجانب الصواب من يتعجل و يحكم على المادة نفسها بمخالفتها صريح الشريعة، ولكن لا نستطيع إلا أن نوافقه إن تعلق الأمر بما عليه العمل القضائي.

وسيلة الإقرار

الإقرار لغة هو الإذعان للحق و الاعتراف به ، و في الاصطلاح "إخبار الإنسان بحق عليه للغير" . و الإقرار بالنسب هو أن يخبر شخص بوجود قرابة بينه وبين شخص آخر ، وهذا الإخبار إما أن يكون:

- بين الأصول²⁵ و الفروع بالقرابة المباشرة فيسمى " الإقرار على نفس المقر" ، وهو الذي نظمته المدونة في المواد 160-161-162 .

- بين قرابة الحواشي الذين يجمعهم أصل مشترك ويسمى " الإقرار المحمول على غير المقر" كما لو قال الرجل إن فلاناً أخي أو ابن أخي .. وهذا الإقرار لا يصلح بمفرده لإثبات النسب، لذلك نصت المادة 161 على أن النسب لا يثبت به عندها. لذلك فإن الإقرار الذي يعنينا هو الإقرار على النفس فقط.

شروط الإقرار :

الإقرار تصرف منفرد لذلك تسري عليه أحكام الالتزام بالإرادة المنفردة. ولهذا فإن ترتيب آثار الإقرار يوجب توافر جملة شروط ضمنيتها المدونة بالمادتين 160-161

1- أن يكون المقر أبا عاقلاً:

- شرط الذكورة: هذا الشرط لم يرد واضحاً في المدونة رغم ورود الشرط بعبارة : الأب" و تنصيص المادة 161 على ذلك بقولها " لا يثبت النسب بغير إقرار الأب" مع أن شرط الذكورة هو المشهور في المذهب المالكي ويوافقهم الشافعية في ذلك بحجة أن المرأة تكتفي بإثبات واقعة الولادة، ثم إن حصر الإقرار بالنسب في شخص الأب الوالد دون الأم مبني على أن الحمل ينسب إلى هذه الأخيرة في جميع الأحوال، سواء أنتت به من طريق شرعي أو غير شرعي، بخلاف الأب الذي لا يترتب على البنوة غير الشرعية بالنسبة إليه أي اثر من آثار البنوة الشرعية²⁶ .

فهذا عموماً ما كانت تأخذ به مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، غير أن مدونة الأسرة خرجت عن ذلك للأمر بإثبات النسب بالإقرار إذا ما تعذر عليها إثبات واقعة

²⁵ من الأب أساساً أو من الأم على خلاف بين الفقهاء وليس داخل فيه الإقرار الذي يكون بين الأجداد و الحفدة

²⁶ المادة 148

الولادة، وهو ما يفهم من المادة 147 التي تحيل على مقتضيات المادة 160 بقولها" – إقرار الأم طبقاً لنفس الشروط المنصوص عليها في المادة 160" بمعنى أن بإمكانها أن تقر بنسب الولد إليها ولو في مرض الموت، شريطة أن تكون عاقلة وأن لا يكون الولد معلوم النسب و ألا يكذب إقرارها عقل ولا عادة ، ثم أن يوافق من استلحقته بعد رشده. مع فارق مهم بين الإقرارين وهو أن إقرار الأب يلزم أن يكون مجرداً من التصريح بأنه من زنا بخلاف الأم التي يمكنها أن تقر بذلك دون أن يمنع من حقوق النسب ، لأن البينة تثبت لها من طريق شرعي أو غير شرعي .

- شرط العقل: هذا الشرط جاء واضحاً بحيث يقصد به أن يكون المقر كامل الأهلية، وهو من بلغ سن الرشد (18 سنة شمسية) مباشراً لحقوقه ومتمحلاً لالتزاماته ولم يثبت سبب من أسباب نقصان أهليته أو انعدامها²⁷. بحيث يكون مدركاً لتصرفاته، فلا يكون صبيهاً ولا مجنوناً أو معتوهاً أو مكرهاً.

ويستثنى من ذلك حالتان : حالة الإقرار في مرض الموت وحالة إقرار السفیه . بالنسبة للإقرار في مرض الموت فقد أجازته المادة 160 تغليبا لقاعدة تشوف الشرع إلى حقوق النسب واستبعادا لسوء القصد الذي هو الذريعة التي لأجلها تستبعد تصرفات المريض مرض الموت، ذلك أن الغالب أن يكون سبب الإقرار في هذه الحالة أوبة المقر إلى خالقه إقبالا عليه سبحانه وتحللا من ذنب قديم .

أما إجازة إقرار السفیه فالمسألة معلومة الأصل عند الفقهاء على اعتبار أن السفه عيب يصيب التصرف المالي للشخص و لا يؤثر في إدراكه وسلامة عقله.

2- أن يكون المقر به مجهول النسب:

وهو من لا يعرف له نسب إلى أب آخر قبل وقوع الإقرار، على الأقل في البلد الذي ولد فيه أو وجد فيه، بحسب تدقيق الحنفية. فمتى عرف نسب الشخص من أب معين لم يصح الإقرار. و استثنى الفقهاء ولد الملاحن لأن استلحاقه بالإقرار يعني ضمناً أن أمه كانت زانية ، وهذه ليست بيقين مقاصد اللعان المحصورة في درء الحد

و الستر على المرأة وعدم نسبة الولد المعلن إلى الزنا وإن حصل التفريق و نسب إلى أمه.

3- ألا يكذب المقر عقل أو عادة:

وهو ما يعبر عنه الفقهاء بتصديق الحس، بمعنى أن يكون ما ورد في الإقرار محتمل الثبوت ، فلا يقبل العقل السليم – مثلا- أن يقر رجل بأبوة شخص قاطن ببلد لم يسبق أن زاره أبدا ، أو أن يكون المستلحق أكبر سنا من المقر، أو أن يكون فارق السن مما لا يمكن من أن يولد مثل المستلحق لمثل المقر، وفي هذا الصدد فإن الحنفية قد جعلوا السن التي يمكن للشخص أن يلد فيها هي سن الثانية عشرة، فلو جاء ذو عشرين سنة يقر بأبوة ولد ذي عشر سنين لم يقبل عندهم إقراره .

وتبقى مسألة تكذيب الحس هذه مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية للمحكمة ولا رقابة لمحكمة النقض عليها إلا من جهة انعدام التعليل. ومن ذلك أن الاجتهاد القضائي في المغرب قد دأب على عدم رد إقرار من ثبت أنه لا يستطيع الإنجاب لأن ذلك بحسب بعض القرارات لا يستبعد احتمال حمل زوجه منه²⁸ .

4- تصديق المقر له :

هذه من المسائل التي اختلف فيها الفقهاء على ما يراه كل مذهب في تمام الالتزامات المنفردة ، فقال المالكية إن تصديق المقر له ليس شرطا لأن ثبوت النسب بالإقرار مستغن عن تصديق الغير مادام حقا للأب للمقر لا لغيره فهو من سيمنح نسبه لمن لا يعرف له نسب. بينما يرى جمهور الفقهاء أن الإقرار بالنسب متوقف على تصديق الابن المستلحق إذا كان راشدا، أما إن كان صغيرا أو مجنونا فلا عبرة بتصديقه.

وموقف المدونة في المسألة هو الخروج مرة أخرى عن مذهب مالك باشتراط الرشد في المادة 160 ، بل وتجاوز مذهب الجمهور أيضا لما سمحت للقاصر برفع دعوى نفي ذلك الاستلحاق الذي طاله بالإقرار إذا ما بلغ سن الرشد . ولعله من نافلة

²⁸ القرار عدد 44 بتاريخ 2006/01/25 في الملف الشرعي 2004/1/2/65

القول إن هذا التوجه مظهر جلي لتأثير اتفاقية حقوق الطفل أكثر مما هو ترجيح مذهبي.

5- عدم اعتراض الأم إن عُينت في الإقرار:

هذا شرط مستحدث، لذلك لم تشر إليه المادة 160 صراحة بصفة الشرط، ومؤداه أنه متى عين الأب المُقر أم الولد صار من حقها أن تعترض مدلية بما يثبت نقيض المدعى به. وعلى هذا فإن الأولى للأب في الإقرار أن لا يعين الأم إن أيقن باعتراضها، خصوصا و أن المدونة لا تلزمه بذلك .

بقيت الإشارة هنا إلى أن التعيينَ مشروط بأن لا يعين المقرُّ الأمَّ من جهة الزنا بها وإلا سقط إقراره دونما حاجة إلى اعتراضها . لذلك فتعيين الأم ينبغي ألا يخرج وصفها كانت زوجة في زوجية صحيحة، أو في زوجية فاسدة أو باطلة، أو في وطء لشبهة.

و جملة القول في الإقرار أنه متى استوفى الشروط الآنفه الذكر لا يقبل الرجوع فيه، ذلك أنه يصير وسيلة مستقلة من وسائل لحوق النسب، ومرتباً لجميع الآثار التي تترتب بوسيلة الفراش، رغم وجود اختلاف في قوة الإثبات وحجية كل وسيلة ، وهو ما سنشير إليه بعدُ بإيجاز .

وسائل إثبات النسب

لم نسر على ما اعتاده الكاتبون من فصل وسائل الإثبات عن وسائل النفي ، لأن خصوصية النسب تقتضي عدم التمييز بينهما، ذلك أن التنازع في النسب يؤدي حتماً إلى إثباته لجهة ونفيه عن أخرى ، لكن ذلك لا يجعلنا نذهل عن القاعدة الكبرى و التي مفادها أن النسب يكفي في إثباته الظن ويلزم لنفيه الدليل القوي .

يعرف الإثبات في الفقه بأنه " هو تأكيد حق متنازع فيه له أثر بأي دليل يسمح به المشرع أمام القضاء"²⁹ . فالإثبات إذن هو الوسيلة العملية التي يعتمد عليها الأفراد في صيانة حقوقهم.

²⁹ الوسيط، السنهوري، ج 2، ص 15

و ليس الإثبات كما هو واضح- ركنا من أركان الحق ، لأن هذا الأخير قد يوجد دون أن تتوفر الوسيلة إلى إثباته؛ بمعنى أن الإثبات ليس الحق ذاته و إنما هو الواقعة القانونية التي تعتبر مصدرا له، لذلك فالغالب أن يكون الإثبات غير مباشر و أن يستفاد من وقائع مجاورة للواقعة المنشئة للحق. وعليه فإنه لا يمكن وضع معيار عام يحدد أساس الصلة التي تجب أن تقوم بين الواقعة المراد إثباتها و الواقعة المنشئة للحق المدعى به، لأن ذلك يختلف باختلاف ظروف كل قضية.

ولهذا فإن بعض الوسائل تكون إثباتا مستقلا لازما غير متعدي أو محتاحا إلى غيره، ولعل أهم هذه الوسائل المستقلة وسيلة الفراش .

إثبات النسب بالفراش:

يثبت النسب بالزواج كما ذكرنا سواء كان صحيحاً أصالة أو صحح بعد الدخول، فقريئة الفراش تبقى قريئة قاطعة لا تقبل النقض بدليل آخر إلى أن تسقط الشروط المكونة التي سبق أن فصلناها. فمتى توافر عقد الزواج سواء كان موثقاً توثيقاً رسمياً أو صحيحاً شرعاً من غير كتابة، فإن نفي النسب في هذه الوسيلة لا يمكن -عند متقدمي الفقهاء على الأقل- إلا من طريقين :

- إثبات اختلال شروط الفراش . - نفي النسب باللعان.

ثم أضافت المدونة وسيلة الخبرة الطبية بشروط تأتي إن شاء الله.

أ- أما ما يخص إثبات اختلال الفراش، فإن على ذي المصلحة (الذي قد يكون زوجاً أو ولداً أو مجرد وارث):

- إثبات انعدام عقد الزوجية : وهو ما لا يكفي فيه الدفع بعدم توثيق الزواج، لأن هذا الأخير شرط شكلي يمكن إثباته بكل الوسائل للفسحة المتاحة بمقتضيات الفقرة في المادة 16، ثم لما سمحت به المادة 156 بخصوص الحمل في الخطبة ، لذلك يلزم نافي الفراش أن يثبت انعدام الشرطين الموضوعيين وهما الإيجاب والقبول تحققاً وتطابقاً (لما تقتضيه المادتان 10 و 11).

- إثبات وقوع الولادة خارج الأمد المعتبر في الحمل شرعا : وهو أن تأتي المرأة بالولد إما قبل ستة أشهر من تاريخ العقد أو بعد سنة من تاريخ الفراق. فلا يحتج في أقل مدة الحمل بتاريخ الدخول و لا في أقصى الأمد الذي هو سنة بمجرد تاريخ انقطاع الاتصال .

- إثبات استحالة حمل الزوجة من زوجها: وهذه الحالة قد تهدم قرينة الفراش إذا ثبت لنا- وقد قلنا أن النسب لا ينفي إلا بما يقرب من اليقين – بمقتضى البداهة والعقل السليم أن المرأة لا يمكنها أن تحبل من زوجها ، كما لو أيقنا أن الزوج لم يتصل بزوجه قط، كأن يكون قد تزوجها وكالة ولم يكن قد دخل أرض الوطن لما ظهر حملها

ب : نفي النسب في الزوجية الصحيحة باللعان

اللعان من اللعن وهو في اللغة الإبعاد ويقصد به اصطلاحا " يمين الزوج على زوجته بزنى أو نفي حملها أو ولدها، ويمين الزوجة على تكذيبه".

وقد اعتبرته المدونة بصفة مجملة سببا قويا لنفي النسب في المادة 153 دون أن توضح أحكامه ولا أن تفصل في المدة المتاحة للزوج كي يثير اللعان لدى القاضي، خصوصا وأن المسألة ليست محل وفاق حتى بين فقهاء المالكية؛ فمنهم من جعله يوما واحدا ومنهم من جعله يومين إلى ثلاثة. لكن المستفاد منهم جميعا هو اشتراط التعجيل و أن يكون بمجرد علم الزوج بالحمل أو الولادة إن لم يكن حاضرا³⁰.

و مسألة اللعان هذه يستهجنها بعض المثقفين اللذين هم في حكم العوام بمنظور الشرع فيعتبرونها تخلفا صارخا، لذلك تلزم الإشارة إلى بعض مقاصدها قبل بيان مسطرتها.

إن حدّ القذف شرع لمن رمى إنسانا بالزنى ولم يقم بينة على ذلك . والبيئة أن يأتي بأربعة شهداء رأوا بأعينهم عملية الزنا وهي تحدث دون تجسس منهم على الزاني، وهذا شبه مستحيل . مما يعني أن الشريعة لا تعاقب إلا المجاهر، لأن الستر

³⁰ انظر مثلا الشرح الكبير للدردير على المختصر: 396/3 . البهجة بشرح التحفة: 230/1

مقصدها الأساس . لكن الشريعة أيضا قد استتنت بصريح الآيات من سورة النور الأزواج الذين يرمون زوجاتهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ، إذ جعل لهم باللعان عوضا عن مشقة جمع الشهود رحمة بهم و اعتبارا لمشاعرهم دون أن تكون في تلك المراعاة مسا بكرامة المرأة ولو كانت مخطئة، وهي المعاني السامية من قوله تعالى (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ . وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَالْخَامِسَةَ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ وَأَنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ حَكِيمٌ)³¹.

فائدة اللعان - إذن-أن يفترق الزوجان و ينسب الولد إلى أمه وقد ستر على المرأة، فلم يعرف إن كانت هي الكاذبة أو مفارقها، ولم يعرف إن كان الولد ابنه حقيقة أم لا ، وفي هذا كما قال الفقهاء المصلحة الفضلى للولد.

أما كيف يجرى اللعان، فإن المحكمة تستدعي الزوجين بحيث يلزم حضورهما طبقا للمادة 179 من المسطرة المدنية، فتشرع بتطبيق أحكام اللعان كما وردت تباعا في سورة النور ، ثم تصدر بذلك مقررًا يقضي بحصول اللعان وترتيب آثاره ؛ وهي لحوق نسب الولد إلى أمه و التفريق بين الزوجين فرقة مؤبدة استنادا إلى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم " المتلاعنان إذا افترقا لا يجتمعان أبدا"³².

ج - نفى النسب في الزوجية الصحيحة بالخبرة الطبية :

بظهور ظهرت البصمة الوراثية و أصبح ممكنا معها تحليل الدم و معرفة الولد إن كان من صلب الرجل أو لا، فإن المشرع المغربي حاول أن يستجيب لدعوات الاستناد إلى نتائج هذه الوسيلة الحديثة، دون أن يحيد عن مقاصد الشريعة في النسب.

³¹ سورة النور، آية: 4-10

³² سنن الدارقطني، ورواه أبو داود في السنن بلفظ آخر

وهي خبرة لا يعتمد في إثبات أو نفي النسب بها على فصيلة الدم بل على تحليل الجينات الوراثية حيث يتم الحصول على عينة من الدم أو مسحة من الغشاء المخاطي المبطن لتجويف الفم لفحص عددا من المواقع بحيث يكون نصفها مطابقاً للأب والنصف الآخر يطابق الأم ، و هي نتيجة تظهر خلال أسبوعين على أبعد تقدير، ونسبة الدقة فيها تبلغ 99,99%، لكن برغم تلك الدقة إلا أننا بصدد عمل بشري قابل للخطأ، كما أن هذه الخبرة ليس دليلاً كافياً بذاته لإثبات النسب إذ أن نتيجته قد يترتب عليها إثبات النسب لغير الأب الحقيقي، إذ قد يتعداه إلى شخص آخر هو والد هذا الشخص أو أخوه لاتحاد الجينات الوراثية بينه وبينهما وبين الطفل المراد إثبات نسبه ، وبهذا يثبت انتفاء وسيلة بشرية مؤكدة النتائج .

ثم إن للنسب مقاصد خاصة ، أهمها ما سطر في القاعدتين من كفاية الظن لإثباته بخلاف النفي الذي يلزمه استصدار حكم قضائي، كما أن الزوجية تلزم بالحفاظ على كيان الأسرة، لهذا نميل إلى رأي كثير من الفقهاء ممن يرى لا يستجاب للزوج إذا طلب الاحتكام إلى البصمة الوراثية، لأنه يفوت على المرأة ما يوفره اللعان من الستر عليها و على ولدها أساسا، الذي هو مناط المقصد الشرعي من اللعان . أما إذا طلبت المرأة فيستجاب لها لأنها لا تفعل ذلك إلا إذا كانت موقنة من براءتها. ومن هنا يظهر التشوف الملح للشرعية في إثبات نسب الطفل. ولقد كان المجلس الأعلى - بتسميته القديمة- قد أصدر قرارا بغرفته الست يؤكد هذا المقتضى لكن بدأ في قراراته الأخيرة يعدل عن الذي التضييق في الاستثناء، للضغط الكبير الذي يتعرض له ربما.

لكن مع ذلك فقد بقي بعض التشديد في أعمال هذه المسطرة بحسب ما إذا كان الأمر متعلقاً بنفي قرينة الفراش أم بغيره من الوسائل كالإقرار أو شهادة الشهود، بحيث اشترطت المدونة أن يدلي الزوج بدلائل قوية حتى تسمع دعواه لنفي الفراش، لأنه أعمال استثناء في وسيلة لم تمكن الشريعة من نفيها في الأصل إلا بوسيلة اللعان، بخلاف ما إذا تعلق بشهادة الشهود أو بالإقرار- مثلاً - فالأمر لا يحتاج إلى الشروط الواردة في المادة 153.

مسطرة أعمال الخبرة الطبية في المدونة:

الخبرة الطبية وسيلة نفي ولا حاجة إليها على الأصل في الإثبات، لذلك لزم أن تسري عليها قاعدة أن لا ينتفي النسب إلا بحكم قضائي .

ومن هنا يتضح أن الشرط المسطري الأساس هو أن يصدر بها حكم قضائي يسمح بإجرائها. وهنا يثور سؤال لماذا لا يكون إعمال الخبرة الطبية في هذه الوسيلة باعتماد طرق البحث المقرر لدى القاضي أثناء سريان الدعوى ؟

لقد اشرنا أن المدونة اشترطت أن يصدر بها حكم ، لكن بقي الأساس الدافع إلى ذلك هو أن القاعدة القانونية تقول أن القاضي يستأنس بالخبرة لتكوين قناعته، وهذه مسألة داخل في سلطته التقديرية، بحيث قد يأمر القاضي بخبرة طبية ثم يستبعدا في حكمه، وهذا مخالف للمطلوب في باب النسب. لهذا كان طلب إجراء الخبرة طلباً أساساً يجب أن يتقدم به الطاعن بمقال أصلي ، شريطة أن يدلي بدلائل قوية هي التي تكون محط السلطة التقديرية للقاضي في الاستجابة لإجراء الخبرة من عدمها.

ولهذا فقد يطلب الشخص إجراء خبرة البصمة الوراثية لنفي النسب لكن قبل أن تحكم له المحكمة بها قد تأمر بإجراء خبرة فيما إن كان بمقدور الطاعن الإنجاب دون أن تغني عن استصدار الأمر بالطلب الأصلي .

الإثبات بوسيلة الإقرار:

الإقرار حجة قاصرة على المقر فقط لا يتعداه إلى الغير، لكنها حجة قوية في ذاتها وفي حال عدم التنازع؛ فلا يحتاج كما أسلفنا إلى الإدلاء بوثيقة الزوجية ولا يلزم منه تعيين الأم و لا يحق للمحكمة أو القاضي أن يستفسر صاحبها .

و من قوتها أيضا أنه لا يقبل تراجع المقر ولو أدلى بخبرة طبية، وقد اشترطت المدونة لسد باب التراجع أن يكون بإشهاد رسمي أي أن يكون بإدلاء المقر بشهادته لدى عدلين منتصبين للإشهاد أو أن يصادق على وثيقة مكتوبة لدى المصالح المختصة حتى تحوز الوثيقة صفة الرسمية، وإذا لم يصادق على الإمضاء أو يشهد لدى العدلين ،

فلا اقل من أن تكون شهادته مكتوبة بخط يديه ليصح الاحتجاج بها أو ردها بدعوى الزور لكل ذي مصلحة في ذلك بطلب تحقيق الخطوط.

الإثبات بشهادة الشهود و ببينة السماع:

نصت المادة 158 على أن النسب يثبت بشهادة عدلين أو أكثر و استثناء ببينة السماع اعتمادا على ما جرى به العمل في المذهب المالكي.

أ- الشهادة "هي إخبار الإنسان في بحق لغيره على غيره"، وهي واجبة شرعا لقوله تعالى (وَلَا تَكْفُرُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْفُرْهَا فَإِنَّهُ آتِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ)³³، إلا أنه يشترط لقبولها في إثبات النسب معاينة واقعة الولادة أو حضور مجلس العقد، أما عن نصابها المقرر شرعا فهو رجلان أو رجل وامرأتان. وقد توسع الفقهاء في هذا النصاب اعتبارا للوقائع التي يتعذر أن يشهدا الرجال، ومنها واقعة الولادة التي هي معقد النسب، إذ منهم من قال بالاكْتفاء بشهادة النساء فيها لتعذر أن يقف الرجال على ذلك في الغالب.

ب - أما بينة السماع وهي التي يكفي فيها التسامع استثناءً لأنها "شهادة من لا يحصل بخبرهم العلم" و قد أطلقت مجازا على الوثيقة التي تضمن بها شهادة عدد من الناس هم في الغالب اثنا عشر و هو ما يطلق عليه أيضا اسم البينة إلا أن لفظ البينة أعم لكل ما يبين الحق ويظهره. ووجه الاستثناء في العمل بهذه الشهادة هو أنها لا تقوم مقام شهادة العدلين، لأن شهودها عدد من الناس لا تشترط فيهم العدالة وإن كان يحصل مع خبرهم العلم تغليباً لعدم توأطئهم على الكذب عادة، فهي مما جرى به العمل عند متأخري فقهاء القرن العاشر في المغرب، بمعنى أن أصلها العرف لا الوحي، لذلك كانت أضعف فنصت المدونة على أن الإثبات بها استثناء، وهو ما تؤكدته المادة 16 بوضوح أكبر.

³³سورة البقرة، آية: 282

و عموماً فإن شهادة الشهود أو بيئة السماع الاستثنائية تعدان من طرق إثبات النسب لكنها طريق وسط بين وسيلة الفرائش ووسيلة الإقرار؛ بمعنى أن ثبوت الفرائش يحجب وسيلة شهادة الشهود و بيئة السماع من باب أولى ، لأن وسيلة الفرائش أقوى الوسائل ثم إن أصل ثبوتها هو تأسيسها على حضور العدول مجلس العقد بلا حاجة لشهادتهم في الفرع الذي هو النسب. أما ما يخص وسيلة الإقرار فإن شهادة السماع أقوى منها لأنها حجة متعدية بخلاف الإقرار الذي هو حجة قاصرة على نفس المقر لا تتعداه كما رأينا ، فكلما اعترض عليها بأي وسيلة من الغير جاز استبعادها.

وعلى هذا فإن النسب إذا ثبت بموجب شهادة الشهود فلا حاجة لبحث ما إذا كان المطلوب إثبات نسبه من زواج صحيح، إذ يكفي ثبوت النسب بأحد الطرق المقررة شرعاً، خاصة البيئة . ذلك أنها حجة متعدية وليست قاصرة في الإثبات كما هو حال الإقرار.